

我国应当确立地上权制度

陈雪强

摘要：我国的物权法如何规定土地的相关权利，尤其是土地使用权，存在着广泛的争论。目前主要有3种主张：土地使用权、基地使用权和地上权。本文通过对前两者的分析认为应该使用地上权。在立法模式上，可以采用“广义地上权——地上权”的结构。

关键词：土地使用权；基地使用权；地上权；物权法

中图分类号：DF 521 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2001)06-0051-07

我国正在起草物权法，关于土地使用权如何在物权法中进行规定，目前不乏争论。我国的土地利用制度，对于当事人来说关心的是权力内容，即我有什么权利？而对于法律工作者来说，却首先是从名称和概念的争论开始的。当然，纯粹的名称或称呼上的争论是没有实际意义的。这些学者对我国土地利用制度究竟应是什么名称和概念是基于不同概念之比较，从目前我国讨论的情况来看，主要有3种观点：土地使用权制度、基地使用权制度和地上权制度。

一、概念的争论

(一) 土地使用权

持此种观点的学者认为，按照现行《土地管理法》，土地使用权是与土地所有权相并列的权利，它属于《民法通则》中“与财产所有权有关的财产权”，而且土地使用权作为一种独立权利形态的存在，无论在立法上还是在实践中，都已经得到确认。^①

对土地的合法使用在法律上可以分为两种情况：一种是土地所有权人对自己的土地使用；另一种是非土地所有人合法地对他人土地的使用，这种情况体现的是与土地所有权并立存在的、作为独立财产权利的土地使用权。这种权利在我国解放后的历次法律规定中，都是一种独立的民事财产权利。

在传统的民法中，“使用”常常是指在不改变财产的本来状态的情况下，对财产的自然性能加以利用，但我国土地使用权的定义，在传统民法中可以说没有相应的概念。以国有土地使用权为例，它是指公民或法人依法控制、支配国家所有的土地及其收益，并排除第三人干涉的权利。其内容包括占有、使用、收益、排斥第三人干涉等。^②

而相对于地上权,土地使用权具有本质上的重大差别,不仅在立法上不可将土地使用权改为地上权,而且在理论上也不可将两者混为一谈,因为:

第一,地上权是在法律对不动产实行“地上物属于土地”的附和原则的情况下,为保护人们保有和享用建筑物和其他工作物的利益而设定的。而在我国,虽然一向实行土地公有,单独建筑物和地面工作物一向实行“谁投资,谁所有”的原则,对建筑物所有权给予了充分的保护,因此不存在以地上权设立附和原则之例外,来保护建筑物投资人利益的需要。

第二,我国的土地使用权的主旨,在于保护土地使权利益,这种使用利益不仅包括建筑物、工作物享用利益,而且包括其他各种土地利用利益,而大陆法上的地上权,其主旨仅在于保护建筑物、工作物享用利益。

第三,在大陆法系,土地所有权是土地市场的主要权利载体,发挥着实现土地民事流转的作用,故地上权一般来说并不具有实现土地民事流转的功能。而在我国,土地所有权不进入市场,土地使用权是地产市场的唯一权利载体,具有实现土地民事流转的功能。^③

第四,我国现行立法规定的土地使用权的范围很广泛,包括了地上权的内容,而且比地上权更具有灵活性,对使用权人的保护更为充分,并已为广大普通群众所接受,具有中国特色。^④

“实际上,如果要进行类比的话,我国的使用权与英美法上的地产权更具有可比性,而且,这种可比性可以从设立宗旨和市场功能上加以说明。”^⑤

也有人提出,土地使用权有广义和狭义之分,而我们所说的是“经依法取得的从国有土地所有权分离出来的土地使用权”,它是一种独立的不动产物权,甚至认为应用“土地财产权”替代“土地使用权”,以区分土地所有权属性下的土地使用权。^⑥

总之,“对土地使用权和建筑物所有权的保护可以替代地上权的概念。”而且“土地使用权是除农村承包经营权、宅基地使用权以外的使用国家和集体所有的土地的权利。”^⑦

(二) 基地使用权

基地使用权概念的提出,可以说是伴随着我国的使用权制度的发展以及我国制定物权法的过程应运而生的,有关专家在进行物权立法时认为“作为用益物权的国有土地使用权,相当于德国、日本及我国台湾民法的地上权,但考虑到我国大陆习惯,拟称为基地使用权,以区别与农地使用权。”^⑧

对于为什么用基地使用权代替土地使用权,是基于两方面的原因:一是土地使用权概念具有不确定性;二是现行立法上对土地使用权的规定有些欠缺,不适应市场经济的内容要求和发展需要。

1. 土地使用权概念的不确定性表现 第一,我国关于使用权制度的法律很多,在《民法通则》与《土地管理法》上的使用权,实际上泛指对土地的使用权利;而《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》关于根据土地用途来确定土地使用年限的规定来看,其与传统民法上的地上权最相类似。中国许多学者多以“在法律规定范围内对国有土地和集体所有土地占有、使用和收益的权利”来界定使用权,但是这一表述并未将使用权与土地所有权的定义明确区分。

第二,目前使用权种类繁多,其划分标准又并不统一,因此,目前在立法和实务中,使用“使用权”一词,不能对不同种类的使用权权利作明确而简约的区分。

2. 现行立法中关于使用权的规定的欠缺主要表现 第一,以土地的所有制性

质来界定、划分土地使用权,已经与市场经济体制不相符合,并且导致土地所有者之间在法律上的不平等,也就是说在国有土地和集体土地基础上设定的土地使用权的目的和基本内容是相同的,但在设定过程中却表现出两种所有权的不平等对待。例如,在集体土地被国家征用后在出让土地使用权时,其出让与原征收之补偿费之间的差额,被国家通过地方人民政府无偿获得。

第二,以土地使用权利的主体的身份来界定权利的性质,同样也不符合市场经济的基本要求——主体之间的法律地位的平等。

第三,以土地使用权利的性质和土地使用者的身份划分对土地的使用权利,徒增学说上的纷扰和立法上的重复。

对土地使用权的权利义务的内容与结构,往往是由土地使用者的使用目的和使用方式决定的,由于法律概念必须简洁地表述,因此可以从对土地使用的目的和使用方式的角度,界定对土地的使用权利,“基地使用权”便是当前建设用地上的“土地使用权”的合理替代。

而对于不用“地上权”,是因为,地上权人设定地上权的目的,是将他人的土地作为自己所有的建筑物或其他附着物的基地来使用,即只有将他人土地作为基地,才能实现地上权的目的;地上权人所有的土地进行使用的方式和取得收益的途径,也是以将他人土地作为基地为必要。因此,“基地使用权”可以准确体现地上权的内涵与特征,可以作为“地上权”一词通俗而恰当的替代语。^⑨

(三) 地上权

持此种观点的人认为“我国《民法通则》没有明确规定地上权这种物权形式,但在其规定的内容以及其他法律、法规的规定中,在确认土地的国家所有和集体所有的前提下,实际上承认地上权的存在。”^⑩

并且通过对地上权与我国的使用权的比较,认为我国土地使用权,尤其是城镇国有土地使用权和宅基地使用权与地上权在取得方式、内容、消灭的原因及法律效果等方面大同小异,都是为了调整土地所有人与在其土地上营造不动产的土地使用人之间的关系,两者之间并无本质的差别,并且地上权制度显得更为规范,因此,我国城镇国有土地使用权、宅基地使用权完全可以改造成为地上权。^⑪另外,有学者对前面两种观点进行批评。^⑫

二、对土地使用权和基地使用权评析

针对这3种名称,我们应采用何种制度呢?笔者认为应采用地上权制度。首先我们分析一下土地使用权和基地使用权。

(一) 对土地使用权的评析

主张用土地使用权的理由可以归结为以下几点:第一,土地使用权本身就与地上权不完全相同,也就没有替代的需要;第二,土地使用权的内容要比地上权的内容要广,所以没办法替代;第三,土地使用权更具有灵活性,比地上权更优;第四,我国的国情与其他国家和地区不同。也就是说,土地使用权的内容包含了地上权的内容,采用土地使用权制度更适应我国的国情。笔者认为,以这些理由来反对使用“地上权”是不妥的。

1. 在我国起草物权法的过程中,以一个内容广泛的土地使用权概念来涵盖具体的土地用益物权不是一种科学的立法,也不能体现立法技术的先进性 我们知道,作为一个自然人的权利有很多,其中一项是民事权利,而在民事权利中又分为人身权和财产权,人身权又可分为人格权和身份权,在人格权中既有具体人格权,又有一般人格权,^⑬而许多的具体人格权是从一般人格权中引申出来的,也就是说一些具体人格权是被一般人格权所涵盖的,但随着社会的发展而逐渐成为一项独立的具体人格权。相类似的,既然土地使用权的内容可以涵盖地上权,并不能成为否认地上权成为一项独立物权,而且随着社会生活的丰富和发展,这种具体的业已存在的权利理应被法律所规定,这才是科学的做法。

2. 虽然我国并没有采用附合原则,并对房屋等建筑物所有权加强了保护,但这仅仅从权利内容的规定上是可以的,从权利的行使和权利的冲突来讲可能不妥 我们知道,作为不动产的房屋与土地在物理上具有不可分性,而且我国法律对它们进行整体对待,这就为房屋所有权与土地所有权之间在行使过程中产生冲突创造了条件,也就是说,从法律上可以非常详细地规定两种所有权有什么权利内容,保护手段可以有很多,但这些只是法律上静止的权利,物对于所有人的意义并不在于其所有,而在于所有人能对物进行利用。土地所有人可能因为行使所有权而对房屋进行了处分,或相反房屋所有人因行使所有权而对土地进行了使用。因此,对于完善的法律来说,不仅要解决当事人有什么权利,还要解决行使权利时的冲突问题。

3. 灵活与物权法定不完全相符 物权法定是物权法的基本原则之一,即(1)物权必须有法律规定,而不得由当事人随意创设;(2)物权的内容只能由法律规定,而不能由当事人通过协议设定;(3)物权的效力必须有法律规定,而不能由当事人通过协议加以确定;(4)物权的公示方法必须有法律规定,不得由当事人随意确定。^⑭而土地使用权的内容却非常广泛,法律也不可能一一加以明确规定,也许在使用时可以有有很大的灵活性,但一方面,法律没有规定一些土地使用权的内容使其得不到物权的保护,另一方面一些属于土地使用权的内容但不属于物权的权利可能利用土地使用权而得到物权保护,这显然是违反物权法定规则的。而且作为土地使用权这一概念,在现有法律中间有不同的规定,^⑮这对于当事人来说不具有可预见性,不利于权利的行使。

4. 地上权制度是否符合我国国情,不能仅仅看有无土地所有权市场 地上权制度是许多市场经济国家和地区的制度,而我国正在建立市场经济,理应可以借鉴,只是我们的市场经济是社会主义性质的,因此坚持土地公有制。在设立地上权制度的国家和地区,地上权也并不是不可转让的。例如,台湾地区的民法第838条规定:“地上权人,得将其权利让与他人。但契约另有订定或另有习惯者,不在此限。”实践是检验真理的唯一标准,我们完全可以借鉴他人的经验,结合我国国情,建立适应中国国情的地上权制度。

(二) 对基地使用权的评析

从基地使用权的内容和立法目的来讲,就是传统民法中的地上权,由于前文所述的原因,有人认为应采基地使用权不采地上权。笔者认为,这也有不妥。

1. 从名称的角度来说,基地使用权的名称不科学 首先,目前的法律中并没有对基地的明确定义,而只有提到了宅基地,例如在《土地管理法》第62条规定:“农村村民一户只能拥有一处宅基地。”但并未对宅基地的概念进行规定,但从字面上理解宅基地与基地显然

是不完全相同的,后者的范围应该更大一点,前者仅指供建造房屋以居住的土地,后者就不仅仅包括只用于居住的房屋所使用的土地。基地是指“作为某种事业基础的地区。”^⑩因此,首先如要使用基地使用权,必先对“基地”进行法律的规定,而这种规定与生活中的“基地”概念将是不同的,造成法律的“脱离群众”。

2. 使用基地使用权与法律的国际化发展趋势不符 “随着国际贸易发达,世界交通之便利,与世界文明之密切交流,物权法国际化之趋势,遂昭然可见。”^⑪在当今国际化趋势不断加强的情况下,物权法的国际化首先表现在名称的统一上,而目前许多国家和地区都是采用“地上权”这一名称。当然,“在民法的各基本制度中,物权法最需要而且最能够体现各国的本国的特色。”^⑫也就是说,我们可以采用国外的已有的概念名称,但我们可以有我国特色的内容,否则就是“法律帝国主义的继续”了。

3. 从我国的立法历史与传统来说,我国的立法更接近大陆法系国家,许多著作和论文中甚至把我国就放在大陆法系 应该说,我国的许多立法,尤其是民事立法都借鉴了大陆法系的方法和概念,而且以后立法中这种借鉴和学习仍将继续,因此从延续我国的立法传统来讲,采用“地上权”似乎更恰当。至于“土地使用权”的产生,是我们在学习了香港的经验的基础上产生的,“对于土地使用权制度的建立,当时在法学与法律上的准备是匆忙的。在改革开放、发展经济的急速推动下,为了不影响土地公有制而又不能实现土地的有偿使用和流转,需要在土地所有权之上立刻创造一个新型的土地权利形态。‘土地使用权’并不是经过法学上严格论证后提出的法律概念,而只是经济上的‘土地使用’加上‘权利’这一法律外壳,至于这一概念在法律意义上的内涵、外延、内容与种类等,也并没有给予更为明确而科学的规定。”^⑬既然土地使用权是一个笼统不当的法律概念,基地使用权也不是很恰当。与基地使用权相对的概念是否也有一个“基地所有权”呢?

可见,采“土地使用权”与“基地使用权”的名称均是不恰当的,而应采用“地上权”。

三、地上权制度的确立

(一) 地上权制度的确立

通过上面的分析,可以认为我们不应采“土地使用权”和“基地使用权”,因而应该用“地上权”,理由除上述已论述的以外,另可归结如下:

第一,如前所述,“使用”一词法律含义模糊,并不十分确切,“基地使用权”说也承认这一点;

第二,“基地”,亦非法律专有概念,我国常有军事基地、试验基地、理论基地等称谓,如我国高等学校就建立了“文科基地”,这种基地与基地使用权的基地显然不是一回事;

第三,“基地使用权”虽克服了“地上权”的缺点,可以将地下地表、地下一定空间包含在内,但“地上”在传统民法上也不仅指土地表面,而是包括空间和地下,因此,继续采用“地上权”应无不可。

第四,“基地使用权”克服了“土地使用权”的宽泛缺点,可它与“土地使用权”并没有本质性的区别;

第五,“地上权”为世界通用的法律概念;而且这一概念简洁明了,应予采用。

另外还需指出的两点是:(1)地上权并不是和私人土地相联系的,事实上,地上权的产生首先是从国家土地上产生的,“如同现在的伦敦一样,授予他人临时或永久建造和享用建筑物并交纳年金或者根据租赁契约或买卖契约一次性交纳一笔钱款的权利,这种作法首先在国家的土地上开始实行,接着在各城市的土地以及私人的土地上也开始实行。”^②相同的情况也可见之于法国。^③

(2)地上权的产生实际上反映了“债权物权化”的结果。这从关于地上权的历史中可见一斑。地上权的产生不仅和附合原则相联系,而且和诉讼制度联系非产紧密,正是由于物权比债权具有更好的保护,才使得大法官给予了原来的债权物权的效力,即受令状和物权诉的保护。可见,地上权的产生也是历史的必然。

(二)地上权与土地使用权的关系和我国的立法模式

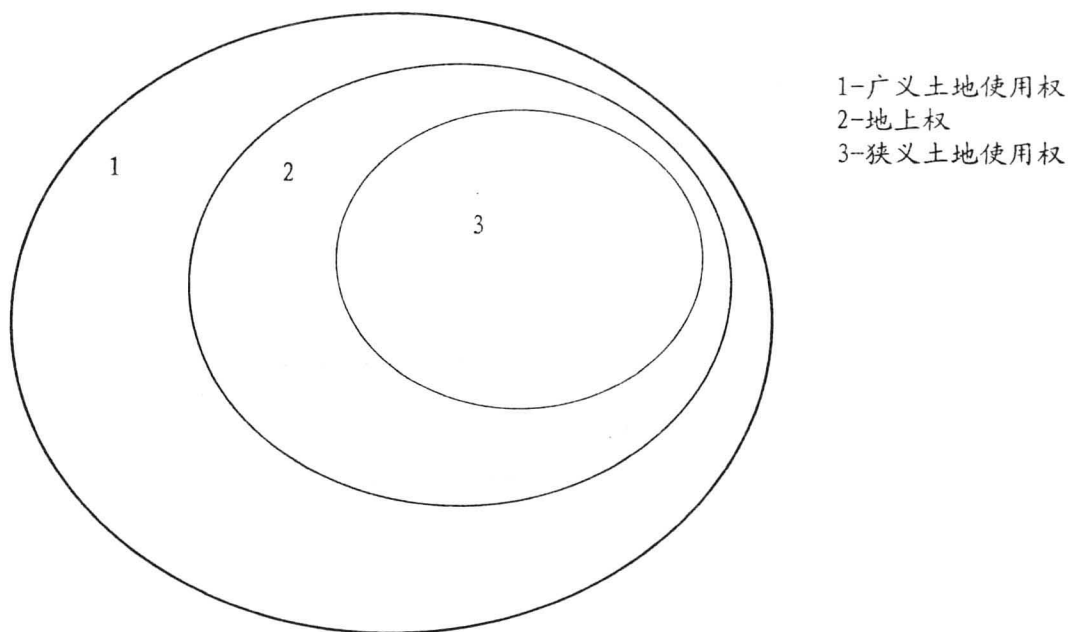
地上权,就是指因建筑物或其他工作物而使用国家或集体所有的土地的权利。那么在我国起草物权法的过程中,如何理解地上权与我国现有的土地使用权的关系呢?笔者认为,此种比较只能从两者的内容的角度比较。

首先,土地使用权有广义的土地使用权和狭义的土地使用权,从法律的规定来讲,我国的《民法通则》和《土地管理法》中的土地使用权是广泛意义上的土地使用权,它是“泛指一切依法或依合同使用他人土地的权利,也就是作为‘土地的使用权’或者‘土地使用权利’简称的土地使用权。”^④显然,地上权也是广义土地使用权的一种。

其次,地上权包含了狭义上的土地使用权。狭义的土地使用权主要是指《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》中规定的国有土地使用权,而从有关规定的內容来看,国有土地使用权是符合地上权的概念和特征的,因此,狭义上的土地使用权属于地上权。

最后,地上权还包括其他的土地使用权。例如国有或集体所有土地上的宅基地使用权,中外合资经营企业场地使用权等也应属于土地使用权。

因此土地使用权与地上权的关系可表示如图。



当然,我们也应该看到,我国没有土地所有权交易市场,而土地使用权一直被我国法律所采用,又由于存在广义的土地使用权,因此,我们可以继续使用“土地使用权”这一概念的,与此同时建立这样的模式:广义的土地使用权——地上权。即在土地使用权中订立一般的规定,在就具体的权利中规定地上权,与之相并列的还可以包括农地使用权(或者永佃权)、地役权等。

(作者单位:上海对外贸易学院)



注释:

- ①③⑤⑬ 参见 王卫国 著《中国土地权利研究》中国政法大学出版社(北京),1997年5月第一版,第139页、第150页、第151页、第6页
- ② 参见 孙宪忠 著《国有土地使用权财产法论》中国社会科学出版社(北京),1993年6月第一版,第41~55页
- ④⑦⑭ 参见 王利明 著《物权法论》中国政法大学出版社(北京),1998年4月第一版,第635~637页、637~638页、第87~91页;王利明 主编《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社(北京),2001年4月第一版,第345~347页
- ⑥ 参见 张少鹏 “‘土地使用权’是独立的不动产权”,《中国法学》1998年第6期,第49~56页
- ⑧⑰ 中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组“制定中国物权法的基本思路”《法学研究》1995年第3期(总第98期),第3~10页
- ⑨⑮ 参见 中国物权法研究课题组《中国物权法草案建议稿》社会文献出版社(北京),2000年3月第一版,第448~450页
- ⑩ 钱明星 著《物权法原理》北京大学出版社(北京),1994年1月第一版,第293页
- ⑪ 参见 彭真明 常健“试论我国土地使用权制度的完善”《河南省政法管理干部学院学报》2001年第一期,第48~53页
- ⑫ 参见 江平 主编《中国土地立法研究》中国政法大学出版社(北京),1999年4月修订第1版,第298~300页
- ⑬ 一般人格权,是指民事主体基于人格独立、人格自由、人格尊严全部内容的一般人格利益而享有的基本权利。这种基本权利的具体化,便是具体的人格权。一般人格权是具体人格权的源泉,从中可以引出各种具体的人格权,而在立法中,也逐渐确认了大量的新的具体人格权。参见 魏振瀛 主编《民法》北京大学出版社、高等教育出版社(北京),2000年9月第1版,第638~639页
- ⑯ 《现代汉语词典》(修订本)商务印书馆(北京),1996年7月第3版,第585页
- ⑰⑱ 梁慧星 主编《中国物权法研究》法律出版社(北京),1998年6月第一版,第609~610页、第612页
- ⑲ 参见 黄风 译《罗马法教科书》(意)彼德罗·彭梵得 著,中国政法大学出版社(北京),1992年9月第一版第266页
- ⑳ 参见 尹田 著《法国物权法》法律出版社(北京),1998年2月第一版,第370页